



E_____ SA
Dom. élu : Me Eric STAMPFLI
112, route de Florissant
1206 GENEVE

Madame T_____
Dom. élu : Me Michel BOSSHARD
16, rue De-Candolle
1205 GENEVE

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du mercredi 16 juin 2004

M. Christian MURBACH, président

MM. Thierry ULMANN et Christian FREY, juges employeurs

M. Jean-David URFER et Mme Janine BEAMONTE, juges salariés

M. Olivier SIGG, greffier d'audience

EN FAIT

- A. a. Par acte du 12 décembre 2003, expédié le 15 du même mois, E_____ SA appelle d'un jugement du 16 juillet 2003, notifié aux parties le 14 novembre 2003, aux termes duquel le Tribunal des prud'hommes, groupe 5, l'a déboutée de toutes ses conclusions à l'encontre de T_____.

L'appelante conclut :

- à l'annulation du jugement entrepris;
- à ce qu'il soit fait interdiction à T_____, et ce jusqu'au 30 septembre 2004, de lui faire concurrence, de quelque manière que ce soit, notamment d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser;
- à ce qu'il soit dit à T_____ que, si elle n'obtempère pas à l'injonction judiciaire lui interdisant de lui faire concurrence de quelque manière que ce soit, elle s'expose aux sanctions pénales prévues à l'article 292 du Code pénal (ci-après : CP);
- à la condamnation de T_____ à lui payer la somme de fr. 50'000.-- dès le 15 janvier 2003;
- au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition faite au commandement de payer (poursuite n° 400105 de l'Office des poursuites de Nyon).

b. Par mémoire de réponse du 16 avril 2004, parvenu au greffe de la juridiction des prud'hommes le 19 avril 2004, T_____ conclut principalement à l'irrecevabilité de l'appel, subsidiairement au déboutement de E_____ de l'ensemble de ses conclusions et à la condamnation de l'appelante aux dépens, lesquels comprendront une équitable participation aux honoraires d'avocat.

- B. S'agissant des prétentions encore litigieuses en appel, les éléments factuels suivants résultent du dossier :
- a. E_____, société anonyme dont le siège social se trouve à Lausanne, a pour but le conseil en matière de recrutement et de sélection de cadres, la recherche, la sélection et le placement de personnel fixe, temporaire ou intérimaire.
 - b. T_____ a été engagée par E_____ le 1^{er} juillet 1997 en tant que conseillère en personnel pour sa succursale de Genève.

En 2002, son salaire mensuel brut s'est élevé à fr. 5'780.--, ainsi qu'une prime mensuelle oscillant entre fr. 197.65 et fr. 1'475.45.

- c. L'activité de T_____ consistait à fournir aux entreprises clientes de E_____, situées en Suisse romande, mais en particulier dans les cantons de Genève et de Vaud, du personnel temporaire et/ou fixe.
- d. L'art. 5 du même contrat de travail prévoyait une « clause de non-concurrence », libellée comme suit :

« Pendant toute la durée du présent contrat et pendant deux ans suivant l'expiration de celui-ci, la collaboratrice s'engage à ne pas faire concurrence à l'employeur en exerçant une activité similaire, soit directement, soit indirectement, soit en son nom, soit pour le compte d'un tiers, comme associée ou en quelque autre qualité, et ce en raison du caractère spécifique de l'activité de l'employeur et de l'intérêt légitime de ce dernier d'éviter que ses méthodes puissent être copiées. »

La collaboratrice déclare expressément avoir eu son attention attirée sur la clause de non-concurrence ci-dessus, valable dans les cantons de Vaud et Genève. »

- e. L'art. 6 du contrat de travail, relatif à la clause pénale, était rédigé en ces termes :

« Toute violation des obligations stipulées aux articles 4 et 5 du présent contrat entraînera – de l'accord exprès des deux parties – le paiement à l'employeur d'une indemnité de Fr. 50'000.-- (cinquante mille francs). Tous droits de celui-ci à des dommages-intérêts complémentaires et à la cessation immédiate et totale des actes de concurrence sont réservés. ».

- f. Par courrier du 29 août 2002, T_____ a résilié son contrat de travail pour le 30 septembre 2002.

- g. Au dernier jour du délai de congé, E_____ a établi un certificat de travail à teneur duquel il était mentionné que T_____ avait été employée en qualité de conseillère en personnel pour le département « Technique et Industrie » d'avril 1997 à décembre 2000.

Au surplus, ledit certificat de travail mentionnait que T_____ était libre de tout engagement vis-à-vis de son ancien employeur à l'exception de la clause de non-concurrence et du secret des affaires.

- h. Suite à la parution d'une annonce dans les colonnes de « K_____ » où le nom de l'intimée apparaissait à l'occasion d'une recherche de personnel émanant de la société A_____ SARL, agence de placement de personnel à Genève, et au refus de T_____ de cesser la violation de la clause de non-concurrence, E_____ a assigné cette dernière en paiement de fr. 50'000.--, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 15 janvier 2003 à titre de peine conventionnelle.

E_____ a conclu également à ce qu'il soit fait interdiction à T_____, et ce jusqu'au 30 septembre 2004, de faire concurrence à E_____, de quelque manière que ce soit, notamment d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser, sous menace des peines et amendes de l'article 292 CP.

L'appelante affirmait, dans sa demande en paiement, que l'intimée exerçait une activité rémunérée au sein d'une entreprise concurrente à E_____ en violation de la clause de non-concurrence du contrat de travail du 1^{er} juillet 1997 et qu'elle avait débauché du personnel au service de E_____.

L'appelante fondait ses affirmations sur des annonces parues dans la presse pour la recherche de candidats pour des postes d'aides-soignantes et d'infirmières en soins généraux, infirmiers instrumentistes, comptable qualifié, aide-comptable, secrétaire pour le secteur médical et qui indiquaient que la personne de contact était T_____.

- i. Dans son mémoire de réponse, l'intimée a conclu au déboutement des conclusions prises par l'appelante ainsi qu'à sa condamnation au versement d'une indemnité valant participation aux honoraires d'avocat.

T_____ a indiqué qu'elle ne s'occupait que des domaines techniques et industriels au sein de E_____.

Elle a notamment allégué que son employeur n'avait pas spécialement attiré son attention sur les deux clauses de non-concurrence et la clause pénale (peine conventionnelle) qui figuraient dans son contrat de travail. Au surplus, l'intimée a contesté tout effet à ces clauses, au motif que le contrat de travail n'avait pas été signé par deux personnes autorisées. Les parties étaient entrées dans une relation de travail tacite, soumise exclusivement aux dispositions du code des obligations. Dans l'hypothèse où le contrat de travail aurait été valablement conclu, la défenderesse a soutenu que la clause de non-concurrence devait être déclarée nulle et non avenue, dès lors qu'elle portait notamment une atteinte exagérée à ses intérêts. Enfin, l'intimée affirmait n'avoir pas connaissance de la clientèle et des secrets d'affaires de l'appelante.

S'agissant de la fin de ses rapports de travail avec l'intimée, l'appelante a indiqué avoir eu des difficultés relationnelles avec son supérieur hiérarchique et avoir souvent subi du mépris de la part de la direction. Par la suite, elle avait souhaité réduire son taux d'activité. Toutefois, dans la mesure où la réduction de son horaire était assortie d'une baisse proportionnelle de salaire, elle n'avait pas pu l'accepter.

- j. Lors de l'audience du 24 juin 2003, l'appelante a amplifié sa demande initiale, concluant au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition au

commandement de payer, poursuite n° 400105 de l'Office des poursuites de Nyon.

- k. Au cours de cette même audience plusieurs témoins ont été entendus par le Tribunal des prud'hommes.

Le témoin B_____, employée de la demanderesse, a expliqué que, dans le cadre de son travail, l'intimée contactait directement les clients, grâce à des listes d'engagements confidentielles.

Le témoin C_____, qui a travaillé pour la demanderesse de 1997 à septembre 2002, a déclaré que, d'après ce que lui avait rapporté l'intimée, cette dernière avait rencontré des problèmes avec D_____. Elle a ajouté qu'elle pensait que ces problèmes, notamment le fait qu'elle soit mise à l'écart lors des réunions de travail, étaient à l'origine du départ de T_____.

Le témoin F_____, secrétaire, a expliqué avoir quitté E_____ parce qu'elle ne s'y sentait plus heureuse et que ce n'était pas l'intimée qui l'avait incitée à donner sa démission. Elle a ajouté avoir constaté, une fois, que D_____ avait eu une réaction excessive vis-à-vis de T_____.

Enfin, le témoin G_____ a déclaré avoir travaillé pour l'appelante de 1984 à fin août 2001, dans un premier temps en qualité de conseillère en personnel, puis dès 1998 en tant que directrice et a indiqué être aujourd'hui conseillère en placement dans une autre société. Elle a précisé que le contrat de travail qui la liait à l'appelante contenait une clause de non-concurrence qui n'avait, cependant, jamais été invoquée à la fin de ses rapports contractuels.

Concernant l'intimée, le témoin a déclaré que T_____ était mise de côté lors des réunions de travail, mais que c'était à cette dernière de s'en plaindre à son supérieur hiérarchique.

- l. Le jugement entrepris a retenu, en substance, que E_____ ne pouvait fonder sa prétention au paiement de la peine conventionnelle de fr. 50'000.--, étant donné qu'elle n'avait pas apporté la moindre preuve du dommage qu'elle affirmait avoir subi dû à la prétendue violation de la clause de non-concurrence par T_____, alors que c'était à elle qu'en incombait le fardeau. Au surplus, les premiers juges ont retenu que le départ de T_____ de chez E_____ tenait essentiellement à des motifs relationnels, qui n'avait pas été écoutée lors des réunions de travail organisées à l'interne et qui était ignorée. Ainsi, au vu de ces éléments, le Tribunal avait acquis la conviction que la clause de non-concurrence n'avait pas été violée par l'employée.
- m. Devant la Cour de céans, les parties reprennent, en substance, leurs arguments de première instance.

Au surplus, l'appelante fait grief au Tribunal des prud'hommes de s'être « totalement fourvoyé » dans son raisonnement en appliquant à la présente cause les règles sur la réparation du dommage au sens de l'art. 340b al. 1 du Code des obligations (ci-après : CO), au lieu des règles découlant des art. 340b al. 2 et 3 et 161 al. 1 CO, consacrant, de la sorte, une « violation particulièrement crasse » de ces dispositions. L'appelante fait, en outre, grief au Tribunal d'avoir également violé l'art. 340c al. 2 CO en ayant procédé à une appréciation « totalement arbitraire » des preuves, en retenant que c'était essentiellement des motifs relationnels chez E_____ qui avaient provoqué le départ de l'intimé, faisant ainsi cesser la prohibition.

Sur la forme, T_____ conclut au rejet de l'appel qui avait été interjeté hors délai. Sur le fond, l'intimée soutient que le contrat qui la liait à E_____ n'étant pas valable, faute d'avoir été signé par deux personnes autorisées, les parties étaient libérées de toutes obligations à compter de la fin des rapports de travail. L'intimée soutient ainsi qu'elle n'était pas tenue de respecter la clause de non-concurrence et ne devait, dès lors, pas s'acquitter de la peine conventionnelle.

Pour le surplus, T_____ maintient que, faute de ressortir d'aucune manière du contrat signé entre les parties et portant, du fait de son étendue géographique, une atteinte inacceptable, la clause de non-concurrence doit être déclarée nulle et non avenue. Selon l'intimée, la clause serait-elle valable que la prohibition aurait quoi qu'il en soit cessé, le contrat de travail ayant été résilié pour motif justifié imputable à l'employeur. T_____ soutient que, faute d'avoir commis aucune contravention – E_____ et A_____, n'étant pas des entreprises concurrentes selon l'intimée –, la prohibition n'avait pas cessé, de sorte que la peine conventionnelle n'était pas due non plus. Enfin, en cas de condamnation, l'intimée fait valoir la réduction maximale de la peine conventionnelle.

A titre de motif justifié imputable à l'employeur, l'intimée explique qu'elle a régulièrement été victime, au sein de E_____, de harcèlement psychologique et sexuel de la part de son supérieur hiérarchique direct.

Par ailleurs, en août 2002, pour des raisons familiales, elle avait, par écrit, fait une demande de réduction de temps de travail, qui avait été acceptée, assortie d'une baisse proportionnelle de sa rémunération. Compte tenu de ses obligations financières, elle n'avait pas pu accepter cette proposition. A cette occasion, T_____ s'est exprimée en ces termes : « *J'aime mon travail et si cette demande est acceptée je serai d'autant plus motivée pour développer le département médical de façon réjouissante.* » (pièce n° 1, chargé appelant).

- n. A l'audience de ce jour devant la Cour de céans, interrogée à propos de ses griefs à l'encontre de son ancien employeur, T_____ a indiqué qu'il y avait de temps en temps une mauvaise ambiance de travail et que, par ailleurs, D_____ se laissait parfois aller à la colère. Elle a, toutefois, précisé qu'il s'agissait de « petites choses anodines », à propos desquelles elle ne s'était jamais plainte

auprès de son employeur, à l'exception d'une conversation qu'elle avait eue avec H_____, qui l'avait alors renvoyée vers D_____. Enfin, elle a ajouté, sans plus de précision, qu'à une reprise ce dernier l'avait bloquée dans l'ascenseur à la cave et que bien qu'il ne se soit rien passé, elle avait eu peur. Elle a ajouté que, les événements susmentionnés mise à part, elle n'avait pas véritablement de reproches à adresser à D_____ et qu'elle appréciait, par ailleurs, chez lui, d'autres côtés, précisant que l'intéressé avait beaucoup fait pour la société.

Au cours de cette même audience, H_____, président de la société, travaillant essentiellement à Lausanne, a indiqué qu'à son souvenir, lors de la conclusion du contrat de travail de T_____ en juillet 1997, G_____ avait la signature comme fondée de pouvoir et pouvait donc de toute façon engager la société. Le conseil de E_____ a ajouté qu'en tout état ledit contrat signé par G_____ avait été ratifié par les organes de la société.

Par ailleurs, H_____ a indiqué que le départ de l'intimée n'avait pas mis en péril la société mais, en revanche, avait causé une perte de bénéfice de l'ordre de fr. 60'000.-- sur une année.

Pour le surplus, les parties ont maintenu leurs conclusions respectives.

- o. Lors de l'audience susmentionnée, I_____, actuelle employée de E_____, a été entendue en qualité de témoin. Elle a déclaré qu'à une ou deux reprises, T_____ lui avait fait comprendre, si ce n'est dit, qu'elle supportait assez mal la hiérarchie au sein de la société, précisant, cependant, que les plaintes de l'intimée concernait « plutôt la façon dont elle ressentait les choses de son point de vue ». Au sujet de l'ambiance de travail chez E_____, le témoin a qualifié celle-ci de « détendue ».

EN DROIT

1. Comme cela ressort de l'enveloppe dans laquelle il a été adressé, il apparaît que l'acte d'appel a été remis à la poste le 15 décembre 2003, soit dans le délai de 30 jours prévu à l'art. 59 de la Loi sur la juridiction des prud'hommes (ci-après : LJP). En effet, la décision a été notifiée aux parties le 14 novembre 2003. Le dernier jour du délai, soit le 14 décembre 2003, étant un dimanche, celui-ci a été reporté au premier jour utile suivant (art. 28 de la Loi de procédure civile), en l'occurrence au lundi 15 décembre 2003. Contrairement à ce qu'affirme l'intimée, le timbre du greffe, apposé le 17 décembre 2003, n'atteste pas du jour du dépôt de l'appel, mais de la date à laquelle il lui est parvenu.

Par ailleurs, l'acte de recours satisfait aux exigences de forme prévues à l'art. 59 al. 2 LJP. Partant, il est recevable.

2. L'intimée soutient que le contrat de travail signé entre elle et son employeur n'était pas valable en raison du fait que, selon l'extrait du registre du commerce produit par E_____ elle-même, J_____ ne disposait que d'une signature collective à deux, alors que G_____ n'était pourvue d'aucun pouvoir de représentation à Lausanne.

En l'espèce, les premiers juges ont admis l'existence d'un contrat de fait au sens de l'art. 320 al. 3 CO, qui stipule que si le travailleur fournit de bonne foi un travail pour l'employeur en vertu d'un contrat de travail qui se révèle nul par la suite, tous deux sont tenus de s'acquitter d'un contrat valable, jusqu'au moment où l'un ou l'autre met fin aux rapports de travail en raison de l'invalidité du contrat. Le Tribunal en a tiré la conclusion qu'en l'occurrence, le contrat ayant pris fin le 30 septembre 2002, les parties étaient tenues de s'acquitter de leurs obligations contractuelles respectives, conformément au contenu dudit contrat. Le Tribunal n'a, toutefois, pas tranché la question, pourtant seule véritablement relevante, des conséquences sur la clause de non-concurrence censée déployer ses effets pendant une période supplémentaire de deux ans depuis la fin des rapports de travail. En dépit de cela, le Tribunal a, néanmoins, procédé à l'analyse de la validité de la clause de non-concurrence telle que libellée dans le contrat de travail.

Lors de l'audience de ce jour, H_____ a déclaré, sans être formellement contredit sur ce point, qu'à son souvenir G_____ avait, au sein de E_____, la signature de fondée de pouvoir et que, de ce fait, elle était habilitée à engager la société. En tout état, le conseil de l'appelante a indiqué, sans avoir été contredit non plus, que le contrat signé par G_____ avait été ratifié par les organes de la société. Il faut donc retenir que le contrat de travail conclu entre E_____ et T_____ l'a été valablement.

Au surplus, il convient de relever qu'à aucun moment l'intimée n'a prétendu avoir mis fin à son contrat de travail en raison de l'invalidité de celui-ci. Le délai de congé légal d'un mois a, d'ailleurs, été respecté. Ainsi, vouloir se prévaloir de cette invalidité afin d'échapper à son obligation de respecter une clause de non-concurrence serait constitutif d'un abus de droit au sens de l'art. 2 du Code civil.

3. E_____ soutient qu'en résiliant son contrat de travail au 30 septembre 2002 et en allant travailler chez A_____, T_____ a violé la clause de non-concurrence.

L'intimée considère que faute de ressortir d'aucune manière du contrat signé entre les parties et portant, du fait de son étendue géographique, une atteinte inacceptable à son avenir économique, la clause de concurrence doit être déclarée nulle et non avenue.

- 3.1. L'art. 340 CO dispose que le travailleur qui a l'exercice des droits civils peut

s'engager par écrit envers l'employeur à s'abstenir après la fin du contrat de lui faire concurrence de quelque manière que ce soit, notamment d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser (al. 1). La prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible (al. 2).

La clause de prohibition de concurrence doit être rédigée avec clarté afin que le travailleur puisse se faire une image précise de la portée de son engagement. Les imprécisions sur l'étendue de l'interdiction profitent à l'employé conformément au principe selon lequel les clauses peu claires imprécises sont interprétées contre leur rédacteur (ATF 87 II 234 = JdT 1962 I 206; Gauch/Schluep/Tercier, Partie générale du droit des obligations, n° 860 et ss).

L'examen des conditions de validité de la prohibition de concurrence doit intervenir sur la base de la situation telle qu'elle se présente pendant le rapport de travail dont découle la prohibition et non au moment où le travailleur a pris un nouvel emploi dans une entreprise concurrente, de sorte que l'absence de préjudice effectif n'affecte pas la validité de la clause (ATF du 1.12.87 cité par Aubert in SJ 1989 p. 683; ATF 101 Ia 454 = SJ 1976 p. 605 = JdT 1976 I 349; ATF 91 II 380 = JdT 1966 I 330).

La connaissance de la clientèle n'est pas simplement celle d'un cercle de personnes potentiellement intéressées, mais bien celle des clients qui entretiennent des relations d'affaire plus ou moins durables avec l'entreprise (BS : AppG 02.09.1993, BJM 1996 p. 17).

La possibilité, et non la survenance d'un dommage effectif, pour le travailleur de causer un préjudice sensible à l'employeur par l'utilisation de la connaissance de la clientèle et des secrets d'affaires de celui-ci doit être appréciée en fonction de l'expérience générale (ATF 91 II 380, consid. 7 et autres références citées = JdT 1966 I 330; ATF du 1.12.87 cité par Aubert in SJ 1989 p. 683). La probabilité qu'un dommage notable survienne ne doit toutefois pas être insignifiante (ATF 91 II 373 = JdT 1966 I 322).

La prohibition doit être limitée convenablement quant au lieu, au temps et au genre d'affaires, de façon à ne pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité; elle ne peut excéder trois ans qu'en cas de circonstances particulières (art. 340a al. 1 CO). Le juge peut réduire selon sa libre appréciation une prohibition excessive, en tenant compte de toutes les circonstances; il aura égard, d'une manière équitable, à une éventuelle contre-prestation de l'employeur (art. 340a al. 2 CO).

Pour juger si la prohibition est limitée convenablement au sens de l'art. 340a al. 1 CO, il faut considérer les diverses restrictions imposées par le contrat dans leur

ensemble (ATF 91 II 381 = JdT 1966 I 332). D'une part, l'interdiction ne peut aller au-delà de ce qui est justifié par l'intérêt de l'employeur (ATF 96 II 143 = JdT 1971 I 172; ATF 91 II 381 = JdT 1966 I 332), ce qui découle des articles 340c al. 1 et 340 al. 2 CO. D'autre part, l'avenir économique du travailleur ne doit pas être compromis contrairement à l'équité, ce dont il faut juger en comparant les intérêts des deux parties. A défaut d'intérêt digne de protection de l'employeur, la restriction est contraire à l'équité. Elle ne l'est en revanche pas lorsque les intérêts des deux parties sont d'égale valeur ou lorsque ceux de l'employeur l'emportent (ATF du 1.12.87 cité par Aubert in SJ 1989, p. 685).

L'interdiction de concurrence ne saurait s'étendre au-delà du territoire sur lequel l'employeur déploie son activité. Même contenue dans ces limites, une prohibition peut se révéler excessive au regard d'autres circonstances, notamment en raison de l'absence d'intérêt de l'ancien employeur au respect d'une interdiction aussi étendue. Le Tribunal fédéral a ainsi limité les effets de la clause de prohibition de concurrence au territoire sur lequel un voyageur de commerce avait exercé son activité (ATF 91 II 381 = JdT 1966 I 331). Et cela même si le secteur d'activité de l'employeur est plus vaste que l'ancien territoire de prospection du voyageur de commerce et recouvre ainsi le nouveau territoire d'activité de ce dernier (ATF du 1.12.87 cité par Aubert in SJ 1989 p. 686).

Il appartient à l'employeur d'établir que ces conditions sont réalisées.

- 3.2. En l'espèce, E_____ et T_____ ont convenu, dans le cadre du contrat de travail du 1^{er} juillet 1997, une clause de prohibition de concurrence, étendue aux cantons de Genève et Vaud, à charge de l'intimée pour toute la durée du contrat ainsi que pendant les deux ans qui suivraient l'expiration de celui-ci. Contrairement à ce que prétend l'intimée, cette clause ressort de façon très claire du contrat, est explicite quant à sa formulation et permet de comprendre sans difficulté la portée de l'engagement. Au surplus, le certificat de travail délivré par E_____ à T_____ mentionne expressément que cette dernière est libre de tout engagement vis-à-vis de son ancien employeur, à l'exception de ladite clause et du secret des affaires.

Il ressort du cahier des charges de T_____, des enquêtes et du certificat de travail établi par l'appelante en faveur de l'intimée, que cette dernière avait connaissance de la clientèle de son employeur. De par sa fonction, l'intimée étant chargée de mettre en contact des candidats au travail avec des entreprises clientes de la société, cette connaissance était de nature à causer à son employeur un préjudice sensible.

La clause de non concurrence est, par conséquent, valable dans son principe.

S'agissant de la limitation de la prohibition de faire concurrence quant au temps et au lieu, il appert, d'une part, que l'intimée a travaillé pour l'appelante uniquement à Genève, de sorte qu'on ne saurait admettre que l'interdiction s'étende au-delà de

ce canton. Par ailleurs, une interdiction excédant une période d'un an après l'expiration du contrat apparaît de nature à compromettre l'avenir économique de l'intimée, qui n'exerçait pas auprès de l'appelante une fonction dirigeante et déterminante pour la bonne marche de la société. Enfin, l'appelante n'a fourni aucune contre-prestation à son ancienne employée.

Ainsi, au vu de toutes les circonstances du cas d'espèce, il convient de réduire la prohibition au seul territoire de Genève pendant une période d'une année, soit jusqu'au 30 septembre 2003.

4. E_____ reprend devant la Cour de céans ses conclusions tendant au paiement de fr. 50'000.-- au titre de peine conventionnelle résultant de la violation par T_____ de la clause de non-concurrence.
- 4.1. L'art. 160 al. 1 CO prévoit que lorsqu'une peine a été stipulée en vue de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite du contrat, le créancier ne peut, sauf convention contraire, demander que l'exécution ou la peine convenue.

L'art. 161 al. 1 CO précise que la peine est encourue même si le créancier n'a éprouvé aucun dommage.

A teneur de l'art. 340b CO, le travailleur qui enfreint la prohibition de faire concurrence est tenu de réparer le dommage qui en résulte pour l'employeur (al. 1). Il peut, lorsque la contravention est sanctionnée par une peine conventionnelle et sauf accord contraire, se libérer de la prohibition de faire concurrence en payant le montant prévu; toutefois, il est tenu de réparer le dommage qui excéderait ce montant (al. 2). L'employeur peut exiger, s'il s'en est expressément réservé le droit par écrit, outre la peine conventionnelle et les dommages-intérêts supplémentaires éventuels, la cessation de la contravention, lorsque cette mesure est justifiée par l'importance des intérêts lésés ou menacés de l'employeur et par le comportement du travailleur (al. 3).

L'art. 340c CO stipule que la prohibition de faire concurrence cesse s'il est établi que l'employeur n'a plus d'intérêt réel à ce qu'elle soit maintenue (al. 1). La prohibition cesse également si l'employeur résilie le contrat sans que le travailleur lui ait donné un motif justifié ou si le travailleur résilie le contrat pour un motif justifié imputable à l'employeur (al. 2).

La notion de motif justifié de résiliation n'est pas aussi exigeante que celle de juste motif de l'art. 337 CO. Il n'est ainsi pas nécessaire qu'il y ait une rupture du lien de confiance entre les parties (TF 26.05.1988, SJ 1989 p. 689; ATF 92 II 31 c. 3).

On se trouve en présence d'entreprise concurrente lorsque l'ancienne et le nouvel employeur offrent, pour un même territoire, des prestations semblables destinées à

une clientèle au moins partiellement identique (TI :Cciv 28.12.1979, Rep 1980 p. 246).

- 4.2. In casu, les parties ont signé une clause de non-concurrence assortie d'une peine conventionnelle. Au demeurant, l'appelante a, expressément, réservé la cessation de la contravention.

C'est à tort que les premiers juges ont examiné la question de la réparation du dommage au sens de l'art. 340b al. 1 CO, alors que E_____ ne s'était prévalué d'aucune prétention de cette nature. La seule question qu'il convient, dans un premier temps, de trancher, est de savoir si, par son comportement, T_____ a ou non violé la clause de non-concurrence la liant à E_____.

T_____ prétend que la prohibition a cessé, le contrat ayant été résilié pour un motif justifié imputable à E_____. Force est toutefois de constater que l'intimé n'en a pas apporté la preuve.

En effet, dans un courrier à son employeur, précédant de peu sa démission, T_____ a affirmé aimer son travail. Par ailleurs, devant la Cour de céans, l'intimée n'a pas pu fournir d'exemples concrets de harcèlement, ni psychologique, ni sexuel, dont elle aurait été la victime. Au contraire, T_____ a dit de celui-là même qu'elle accusait dans ses écritures de tels agissements qu'il avait beaucoup oeuvré pour la société, qu'elle n'avait pas de véritable reproches à lui faire, en dehors de l'avoir bloquée dans l'ascenseur et de s'être parfois laisser aller à la colère envers elle; elle a même précisé qu'elle appréciait chez lui certains côtés .

Subsidiairement, T_____ soutient qu'elle n'a, quoi qu'il en soit, pas violé la clause de non-concurrence, E_____ et A_____ n'étant pas des entreprises concurrentes.

Ce point de vue ne saurait être suivi.

E_____ et A_____ sont toutes deux des agences de placement de personnel, notamment hospitalier, officiant à Genève, susceptibles de s'adresser à la même clientèle; elles sont, par conséquent, des entreprises concurrentes. L'intimée en passant de l'une à l'autre a donc bel et bien violé son obligation de non-concurrence. Partant, sur le principe, le paiement de la contravention est dû.

Concernant le montant de l'indemnité stipulé entre les parties, il apparaît toutefois excessif, au vu, notamment du salaire et des fonctions qu'assumaient T_____ au sein de l'entreprise ainsi que de l'absence de dommage établi du fait de la violation de l'intimée. Certes, s'agissant de ce dernier point, E_____ a allégué avoir subi un préjudice de fr. 60'000.-- mais elle n'a pas été en mesure d'étayer ce chiffre par la moindre pièce. Il y a, dès lors, lieu de ramener le montant de la clause pénale à un mois du revenu de l'intimée, soit fr. 6'617.-- (salaire mensuel

de base + prime moyenne mensuelle 2002).

Le jugement entrepris sera ainsi réformé sur ce point.

5. Dès lors que la durée de la clause de non-concurrence a été réduite au 30 septembre 2003, les conclusions de l'appelante visant à ce qu'il soit fait interdiction à l'intimée de lui faire concurrence, de quelque manière que ce soit, sous peine des sanctions prévues à l'article 292 CP, sont, au jour du prononcé du présent arrêt, devenues sans objet.
6. A teneur de l'art. 60 al. 1 LJP, lorsque le montant encore litigieux excède fr. 30'000.--, l'appelant est astreint à un émolument de mise au rôle, conformément au tarif fixé par le Conseil d'Etat.
 - 6.1. En l'espèce, il a été demandé à la partie appelante le paiement d'un émolument de fr. 400.--, mais en réalité c'est un émolument de fr. 800.-- qui aurait dû lui être réclamé puisque ses prétentions en appel sont de fr. 50'000.-- (cf. art. 42 du Règlement fixant les tarifs des greffes en matière civile, prévoyant un émolument de 800.-- fr. pour une valeur litigieuse de « 50'000.-- fr. à moins de 100'000.-- fr. »).
 - 6.2. A teneur de l'art. 78 al. 1 LJP, l'émolument de mise au rôle est à la charge de la partie qui succombe.

E_____, qui réclamait le paiement de fr. 50'000.-- à titre de peine conventionnelle pour la violation de clause de non-concurrence, n'obtient satisfaction qu'à hauteur d'environ 13%. Dès lors il apparaît que ses conclusions étaient exagérées et que cet excès a porté à conséquence sur l'émolument de mise en rôle de fr. 800.-- qui était dû (art. 176 al. 2 LPC, applicable par renvoi de l'art. 11 LJP), de sorte qu'il se justifie qu'elle supporte les trois quarts dudit émolument, le solde étant mise à la charge de l'intimée qui succombe partiellement.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 5

A la forme:

Reçoit l'appel interjeté par E_____ SA contre le jugement rendu par le Tribunal des Prud'hommes, groupe 5, le 16 juillet 2003, notifié le 14 novembre 2003, dans la cause C/4584/2003-5.

Au fond:

Annule ce jugement.

Et statuant à nouveau:

Condamne T_____ à verser à E_____ SA la somme de fr. 6'617.--, avec intérêt à 5% l'an dès le 15 janvier 2003.

Prononce mainlevée définitive de l'opposition faite au commandement de payer (poursuite n° 400105 de l'Office des poursuites de Nyon) à concurrence de fr. 6'617.--.

Met à la charge de E_____ SA les trois quarts de l'émolument d'appel, soit, déduction faite des fr. 400.-- qu'elle a déjà versés, la somme de fr. 200.-- qu'elle est condamnée à payer à l'Etat de Genève.

Condamne T_____ à payer à l'Etat de Genève la somme de fr. 200.-- à titre d'émolument d'appel.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président